

**Universidades Lusíada**

Cardoso, José António Martins Lucas, 1964-

**"Para uma história constitucional do direito português" de Paulo Ferreira da Cunha**

<http://hdl.handle.net/11067/5064>

<https://doi.org/10.34628/mpfn-yj19>

**Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	1995
<b>Palavras Chave</b>	Direito constitucional - Portugal, Cunha, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da, 1959- Crítica e interpretação
<b>Tipo</b>	article
<b>Revisão de Pares</b>	yes
<b>Coleções</b>	[ILID-CEJEA] Polis, n. 04-05 (1995)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-05T03:55:44Z com informação proveniente do Repositório

## PAULO FERREIRA DA CUNHA

«Para uma História Constitucional do Direito Português

Livraria Almedina, Coimbra 1955, 455 pp.

A obra que agora se apresenta tem por objecto o estudo do Direito Constitucional português numa perspectiva histórica. O autor fundamenta a opção por um estudo de Direito Constitucional com natureza histórica ao defender que «independentemente das querelas territoriais da epistemologia especial do Direito, é sabido que o direito constitucional ocupa um lugar de primeiro plano no universo jurídico, sendo por conseguinte a sua história uma coluna vertebral para toda a história jurídica. E, paralelamente, a eminente historicidade do próprios *ethos* constitucional justifica, no domínio próprio desta ciência, uma invulgar relevância do estudo da dimensão histórica da mesma» (p. 10).

Conforme o seu título o denuncia, a obra consiste numa história das fontes e do pensamento jurídico com exclusão do estudo das instituições, apesar de PAULO FERREIRA DA CUNHA sufragar a tese segundo

a qual «boa parte da história do direito acaba por confundir-se com uma História Constitucional, no estrito sentido jurídico-político; pois que, quer macro-instituições (...), quer fontes, são matéria constitucional, ou susceptível de constitucionalização» (id.).

Apesar de concebida como um elemento destinado primordialmente ao ensino da História do Direito nas universidades portuguesas (p. 9), o seu autor adverte que «o presente livro não é nem deseja ser um manual de História do Direito português *tout court*, nem um estudo da História Constitucional portuguesa» (id.). P. F. CUNHA assume o risco de realizar a obra num estilo literário (baseado no mito e na díade originalidade/influência, cfr. p. 13) que já o caracteriza dentro da comunidade jurídica portuguesa por força da sua adopção em obras anteriores (v.g., *Mito e Constitucionalismo*, Coimbra 1988 e *Pensar o Direito*, Coimbra, 1990/91), esclama-

recendo que «assume a problemática, o ensaísmo e a tese (necessariamente polémica) como metodologia e como didáctica, em lugar da mais clássica e depurada exposição, que há-de colher em obras de uma outra abrangência e fruto de uma outra sedimentação» (p. 10) e advertindo ainda que «fruto de todas estas encruzilhadas e inquietações, este livro assume a sua condição assimétrica. Debalde se procurará aqui uma história linear ou uma metodologia unívoca» (p. 13).

A obra agora apresentada desdobra-se em três partes, antecedidas por um capítulo introdutório, denominado *Da História, da História do Direito e do seu estudo*, dedicado ao objecto e método da História do Direito, ao seu estudo e à sua importância para a formação do jurista. Oportuno e lesto na defesa da sua dama, para usar uma metáfora bem ao gosto do autor, que aliás as emprega abundantemente ao longo da obra, P. F. CUNHA aborda a questão da inserção da disciplina de História do Direito nos planos curriculares dos cursos de Direito, pronunciando-se pela insuficiência das «cadeiras de formação jurídica humanística», nas quais está compreendida a História do Direito, que em seu entender devem ser leccionadas a par das «cadeiras jurídico-técnicas», não se escusando a estabelecer o paralelo entre os estudos

de História do Direito nas universidades portuguesas e as suas congéneres de outros Estados, nomeadamente alguns cujos ordenamentos jurídicos são, como o nosso, tributários do Direito Romano (p. 37).

A parte primeira da obra, intitulada *Raízes e evolução geral do pensamento jurídico*, aborda a evolução do pensamento jurídico em três momentos consequentes: *Direito e ciência jurídica nas fontes clássicas, do Direito clássico ao Direito medieval e Do nominalismo jurídico medieval à génese do Direito moderno e contemporâneo*. Se no momento primeiro o autor atende essencialmente ao legado de *Ulpianus*, lembrando a sempre renovada actualidade do arcaico Direito Romano, já no momento subsequente concentra o seu estudo n' *O papel de S. Isidoro de Sevilha na superveniência do Direito Romano e na criação do Direito Ibérico* a quem apelida de «elo olvidado entre o realismo clássico greco-romano e a particular forma de protecção das pessoas na península ibérica» (p. 108).

Quanto ao momento terceiro, o contributo original trazido por P. F. CUNHA ao estudo da História do pensamento jurídico consiste no *modus faciendi* adoptado para a narrativa condensada da respectiva evolução que é realizada mediante o desenvolvimento da epígrafe me-



tafórica *O Direito, o xadrez e o relógio*. Com este título pretende o autor ilustrar um *iter* percorrido pelo pensamento jurídico ocidental no qual o nominalismo medieval é representado pelo *xadrez* («é um jogo, tem regras, aparenta uma ordem, é um cosmos hierarquizado, mas um cosmos de princípio utópico, porque a história que propicia, que se escreve ao longo de cada tabuleiro, é a história da luta entre dois jogadores, que respeitam regras que conhecem e dominam ambos», p. 119), o iluminismo pelo relógio («Occam admite qualquer hora legal, determinada pela vontade de um qualquer relojoeiro; enquanto *Grotius* pensa, melhor (...), que mesmo sem relojoeiro o relógio, automático, andarà, e bem afinado: pelas molas e rodas precisas da lei e do Direito natural», p. 126), o positivismo pelo *relógio automático* («Trata-se agora de, uma vez dada corda ao relógio *ad eternum*, rígida e minuciosamente, saber ler-lhe as horas», p. 131) e o estado actual da doutrina pelo regresso ao *xadrez* («os pós-modernos afinal não fazem mais do que redefinir o valor das figuras no tabuleiro: passa a haver mais rainhas (ou gerais) com a sua *démarche* «pluralista». Mas continuamos no mesmo jogo. De facto, não jogamos xadrez com figuras eternas, (...), antes acabam por ser o que as malhas de um tabu-

leiro em cada circunstância o determinam», p. 137).

A parte segunda, denominada *Das Ordenações às Constituições*, que constitui a parte nuclear da obra, ocupa-se, como o seu subtítulo o ilustra, da *História das Fontes* e está sistematizada segundo uma periodicidade consubstanciada em dois títulos: *Do Direito comum ao Iluminismo* e *Jusracionalismo e Liberalismo*. Sem embargo do autor não abdicar do estilo literário que adoptou ao longo de toda a obra, a parte segunda agora em análise compreende um discurso essencialmente descritivo-empírico, ao longo do qual aborda, numa perspectiva de causa e efeito, as fontes do Direito Português ao longo de mais de quatro séculos de História desde as primeiras compilações de leis realizadas por incumbência de monarcas portugueses à Carta Constitucional de 1826.

Ao longo desta parte segunda da obra é notória a preocupação de evidenciar os aspectos de Direito público compreendidos nas fontes jurídicas da era pré-constitucional do Direito português; matéria por vezes preterida nos manuais de História do Direito mas que, não esqueçamos, é objecto por excelência da obra que agora se apresenta e por esse motivo é merecedora de privilegiado tratamento nos capítulos *Do Direito político nas Ordenações* e

*Da protecção jurídica das pessoas no projecto de novo código de direito público de Paschoal de Mello Freire*, ao longo dos quais P. F. CUNHA aborda as normas reguladoras da relação que actualmente designaríamos por «cidadão-Estado», com especial relevo para os direitos fundamentais, em épocas do nosso direito marcadas por filosofia jurídica diversa.

O capítulo intitulado *Do constitucionalismo moderno em Portugal* conclui o estudo das fontes e compreende a análise dos textos constitucionais de 1822 e 1826, intercalados por uma breve referência ao projecto do prometido código de D. João VI; a abordagem das influências dos vários textos constitucionais estrangeiros sobre as Constituições portuguesas ocupa parte significativa do estudo dos primórdios do nosso constitucionalismo. *Uma recepção constitucional indirecta* (p. 273) é a expressão que o autor emprega para ilustrar o papel mediador desempenhado pela Constituição espanhola de 1812 na absorção da experiência constitucional francesa, em especial da Constituição de 1871, pelos constituintes de 1820/22, expediente que segundo a tese sufragada por P. F. CUNHA em sede de fontes da primeira constituição portuguesa permitiu aos constituintes torcear o melindre que suscitaria a assunção

expressa do legado francês (máx., p. 307). A análise e a crítica aos vários mitos presentes no texto constitucional, como a Lei, a Nação, a Soberania, o inimigo, o rei, a separação de poderes, são a força motriz do discurso sobre o constitucionalismo vintista.

Por outro lado, agonia e morte da Constituição de 1822 e as relações com o Brasil são os temas genéricos que introduzem ao estudo da Carta Constitucional, texto cuja análise em sede de influências, mais do que por remissão aos textos brasileiro de 1824 e francês de 1814, é dominada pela referência doutrinária a Benjamin Constant e ao mito do poder moderador que o autor qualifica como «um elemento de contra-revolução, ou de constitucionalismo moderado, não um regresso às velhas instituições» (p. 406). Os mitos agora presentes são o rei, agora recuperado e transfigurado no mito do «rei-soldado» (p. 414), a «caixa de pandora» e a «serpente autofágica».

*O ritual da carta* consubstancia o ponto *omega* da cronologia das fontes, o que significa a exclusão do estudo dos «constitucionalismos» «setembrista», «regenerador», «republicano», «corporativo» e «actual» do objecto desta obra, em boa hora, empreendida por P. F. CUNHA. Sendo certa e sabida a inexistência de uma obra de fundo sobre a His-



tória Constitucional portuguesa (cfr. J. Miranda; *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, p. 221), a opção assumida pelo autor consubstanciou a rejeição de uma oportunidade propícia à redução da lacuna na enciclopédia jurídica portuguesa. Nem a observância de «prazos de segurança» justifica tão grande distanciamento entre o período de vigência das fontes tratadas e o momento da elaboração da sua História como aquele que foi guardado pelo autor, uma vez que é o próprio autor que reconhece deverem tais prazos «ser interpretados *cum grano salis*» (p. 26). Ou será que, estando na presença de um elemento destinado ao ensino da História do Direito, devemos concluir que ao ser colocado perante o clássico «conflito negativo de competências» entre as regências de História de Direito e de Direito Constitucional acerca da leccionação da História do Direito Constitucional português, P. F. CUNHA o arbitrou no sentido de fazer recair o encargo sobre esta última cadeira?

Se o autor se mostrou cauteloso em sede de fontes, como acabamos de referir, no que respeita ao pensamento jurídico, cujo estudo retoma na parte terceira, pelo contrário, assume posição de vanguarda ao dedicar esta última parte da sua obra ao estudo da *História jurídica contemporânea*, no âmbito da qual,

com um discurso acentuadamente metafórico, não se inibe de analisar questões polémicas como a tensão dialéctica d'*O Direito hodierno entre o positivismo e o pós-modernismo*, defendendo vivermos um período histórico de «confluência de dois discursos míticos» (p. 425), no qual a Ciência do Direito adopta um discurso metodologicamente positivista e simultaneamente assume uma fundamentação jusnaturalista. A situação, que P. F. CUNHA qualifica como «um dos paradoxos e das dificuldades do drama do Direito hodierno» (p. 427), em seu entender é provocada pelo facto de «quer o positivismo legalista, quer os novos ventos amalgamados a que por convenção se chamou pós-modernos (...), fazendo cada um de *per si* e isoladamente muitos estragos à pureza do jurídico, à sua especificidade ou «isolamento» (...), são antídotos um do outro» (id.).

O ensino do Direito nas Universidades portuguesas e o exercício das profissões na sociedade actual são outras questões não menos quentes abordadas pelo autor antes de concluir com uma *aproximação a tendências e hipótese prospectiva* na qual está patente, mais uma vez e mais do que nunca, o discurso da pós-modernidade.

José Lucas Cardoso